

OpiniÃ£o: Mudar noÃ§Ã£o de trÃ¢nsito em julgado Ã© inconstitucional

Em 27 de setembro de 2017, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ do Senado aprovou o Projeto de Lei nº 513/2013, cuja precípua finalidade é a de promover a “ampla” reforma da Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal – LEP.

Referido Projeto – fruto de estudos promovidos por uma Comissão de Juristas instalada em 2012 –, conforme se depreende de sua exposição de motivos, deveria ter observado ao os seguintes princípios: 1) humanização da sanção penal; 2) efetividade do cumprimento da sanção penal; 3) ressocialização do sentenciado; 4) desburocratização dos procedimentos; 5) informatização; e 6) previsibilidade da execução penal.

Algumas mudanças propostas, ao menos em um primeiro momento, parecem, de fato, se adequar ao propósito norteador da reforma, são elas: Melhor remuneração ao preso em razão dos trabalhos prestados no cárcere, desnecessidade de cumprimento de 1/6 da pena para exercer atividade profissional externa, possibilidade de uso de telefone público monitorado, progressão antecipada de regime em casos de superlotação, vedação expressa de estabelecimento prisional abrigar presos além da sua capacidade, vedação de regressão por salto, etc.

Contudo, ao menos um dos dispositivos legais contidos no Projeto de Lei em questão, qual seja, o 105 – A, passa ao largo do suposto espírito humanitário da reforma, na medida que, em nítida violação ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal^[1] e, por conseguinte, fazendo pouco do sagrado princípio presunção da inocência, pretende legitimar a execução antecipada da pena. Vejamos:

“Art. 105-A. Confirmada pelas instâncias ordinárias a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, ou quando proferida por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa de função, a secretaria do Juízo, sob pena de responsabilidade, expedirá, no dia seguinte, a guia de execução ao Juízo da Execução determinado pela sentença, recomendando-se, se já preso o condenado, a prisão em que se encontrar, ou, se em liberdade, expedindo-se mandado de prisão.” (Grifos nossos).

Com efeito, o tema “trânsito em julgado”, tratado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, guarda, como se sabe, correlação direta e indissociável com o princípio da presunção de inocência, razão pela qual toda e qualquer discussão sobre a sua aplicabilidade e extensão possui, por óbvio, cunho eminentemente Constitucional.

Com base nas afirmações contidas no parágrafo acima, não restam dúvidas de que, para restringir – ou até mesmo para ampliar! – o alcance do conceito de trânsito em julgado, devem ser observadas as formalidades legais, ou seja, legitimidade de iniciativa e estrutura procedimental estabelecida –, o que, no presente caso, não ocorreu.

Isso porque – e não restando dúvidas, como já demonstrado alhures, que a matéria aqui em debate possui cunho eminentemente constitucional –, o artigo 60 da Carta Magna dispõe, claramente, que o texto constitucional só pode ser alterado através de emenda, de onde se depreende, por conseguinte, que



Projetos de Lei como o 513/2013 não são aptos para alterar a Constituição Federal.

Assim, por ter sido a norma em debate elaborada “(...) por autoridades incompetentes [e] em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição.”[2]; no caso, o regramento previsto no artigo 60, caput e § 2º, da Carta Magna[3], não restam dúvidas acerca da inconstitucionalidade formal do artigo 105-A do Projeto de Lei nº 513/2013 foi manifestamente violado, porquanto não se respeitou a legitimidade de iniciativa, tampouco a estrutura procedimental estabelecida.

Ainda que assim não fosse, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, por resguardar direitos e garantias individuais, é genuína clausula pétrea, de modo que não pode ser alterado nem por meio de emenda Constitucional, já que o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, veda expressamente qualquer proposição tendente a abolir – e também a restringir – “os direitos e garantias individuais” [4].

O que se tem, portanto, é que a inconstitucionalidade do artigo 105 – A não se limita ao plano formal, na medida em que abrange, também, seu conteúdo material!

Por certo alguns sustentarão – da mesma forma que o Parecer da CCJ elaborado para justificar a alteração legislativa – que o texto da norma em debate está em consonância com o “posicionamento recente do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau (...)”.

Contudo, em nossa visão, não parece adequado, e muito menos alinhado ao princípio da independência dos Poderes[5], o fato do Poder Legislativo desenvolver a sua principal finalidade institucional, que é a criação de leis[6], pautado, única e exclusivamente, em suposto entendimento jurisprudencial firmado pela Corte Suprema.

Se o motivo para inserir o Art. 105-A na LEP é o entendimento contido na Ordem de Habeas Corpus nº 126.292/SP, o que fará o Legislador caso ocorra a potencial mudança de posição pelo Supremo Tribunal Federal? Lançará mão de um novo projeto de lei para readequação?

Ademais, muito embora o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 17 de fevereiro de 2016, ao negar o pedido contido na Ordem de Habeas Corpus nº 126.292, tenha, de fato, decidido que não configura ofensa ao princípio da presunção da inocência a execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, tal julgamento teve votação absolutamente dividida (6 votos a 5), ou seja, o tema está longe de estar pacificado na Corte em questão.

Outrossim, lá para cá, diversas foram, no âmbito da própria Suprema Corte, as decisões que, em observância ao texto constitucional – e ao contrário do que foi decidido na Ordem de Habeas Corpus nº 126.292/SP –, afastaram a possibilidade de executar pena condenatória antes do respectivo trânsito em julgado.[7]

O Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, em 28 de setembro de 2017, ao proferir uma dessas decisões, deixou asseverado que, em seu entendimento, “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, segundo entendo, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer –



repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”

Como se vê, não fosse suficiente a evidente inconstitucionalidade do artigo 105-A do PL 513/2013, claro está, também, como bem demonstram as decisões acima mencionadas, que a possibilidade, ou não, de executar pena condenatória antes do respectivo trânsito em julgado, é tema longe de estar pacificado no âmbito da Suprema Corte.

Por esses motivos, esperamos, sinceramente, que a Câmara dos Deputados, ao analisar o Projeto de Lei em debate, mantenha os dispositivos que, de fato, estão alinhados com um sistema carcerário mais humanitário e, em respeito ao texto constitucional, proponha a exclusão, ou ao menos severas alterações, no que tange o artigo 105-A.

O momento parece bastante apropriado, também, para que o Colendo Supremo Tribunal Federal – verificando que o entendimento exarado em um único julgado está sendo utilizado para fundamentar a elaboração de leis manifestamente inconstitucionais, o que, sem sombra de dúvidas, gera uma enorme insegurança jurídica – reveja, em Plenário, a infeliz decisão proferida por ocasião do julgamento da Ordem de Habeas Corpus nº 126.292/SP.

Aí, sim, poderemos, finalmente, ter a certeza de que o Brasil, alinhado com o que tem sido feito em diversos países de primeiro mundo, estará dando passos largos rumo à humanização do, atualmente, sombrio sistema carcerário tupiniquim.

[1] “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

[2] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 47.

[3] “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (...)”



§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

[4] “Art. 60. (...)”

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.”

[5] Art. 2º, da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

[6] “O Poder Legislativo, na definição dada por Watson no livro Da Constituição (1910, v.1, p. 114), é o poder de fazer, emendar, alterar e revogar as leis.” (PINTO, Ferreira. Curso de direito constitucional. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 315).

[7] Medida Cautelar no HC 138.088/MG, HC 147.452/MG e HC 145.856/MG